

POR

DON FRANCISCO DE Mesa, y don Francisco de Egulluz Herencia, Cauallero de la Orden de Santiago, como marido, y con junta persona de doña Mariana de Mesa.

CON

Doña Maria Sande y Mesa, hija, y heredera vniuersal, y posseedora del mayorazgo que fundaron el Doctor Francisco de Sande, y doña Ana de Mesa.

Respondiendo a su informacion en derecho, sobre el pūto remitido en discordia de las legitimas de los demas hijos de los fundadores.

LA



LA Iusticia destas partes està fundada en la informacion que han dado sobre este punto, tan concluyentemente, que no necessitaua de aditamento, ni la informacion contraria de satisfacion, mas respecto de la s proposiciones que se hazen en ella, vnas contrarias al hecho, y otras agenas de la materia, se irà discurriendo por ellas breuemẽte, para que quede mas clara, y sin disputa nuestra pretension.

2 Doña Maria Sande diuide en dos puntos su informacion. El primero, diziendo, que es la relacion ajustada del hecho en lo respectiuo a la pretension remitida.

3 Y el segundo, proponiendo los fundamentos que tiene por legales, para que se declare tocarle por bienes libres las quatro legitimas, sobre que se litiga.

Respuesta al punto primero.

4 En la que llama relacion del hecho doña Maria Sande, refiere solamente dos clausulas truncadas de las fundaciones del mayorazgo que presupone ser las tocantes a las quatro legitimas que pretende auer quedado por bienes libres.

5 Y esto no es referir el hecho que consiste en todos los autos que se hizieron en el litigio, sobre que se pronunciò la executoria del Consejo, con que se ha de determinar el punto remitido, el qual se refiere en la informacion de D. Francisco de Mesa puntualmente desde el 1. numero hasta el 14. con que en la informacion contraria, se falta en esta parte a lo sustancial, sobre que ha de caer el juizio.

6 Y assi supuesta la relacion verdadera, lo alegado por estas partes, y la sentencia del señor don Gregorio de Mendiçaual que pronunciò siendo Alcalde, y la

y la sentencia del Consejo que la confirmò en quanto absoluio ambas partes de las pretensiones que tenian cada vna contra la otra; entran fundando don Francisco de Mesa, y consortes el primer articulo de su informacion, que ay cosa juzgada en quanto a las legitimas, y que no pudo auer lugar la remission, ni puede auer aora nueuo juizio sobre ellas desde el nu. 15. hasta el 25.

7 A que añadimos otra consideracion que no parece que tiene respuesta, porque auiendo reuocado el Consejo la sentencia del señor don Gregorio, en quanto declarò por bienes libres todos los que pertenecieron, y tocaron a doña Ana de Mesa, y que como tales pudiesse disponer dellos doña Maria Sande, como su hija, y vniuersal heredera; declarandolos por de vinculo, y mayorazgo perpetuo, dize luego: *Y en quanto a las demas pretensiones de ambas partes, confirmaron la dicha sentencia en que los absuelue dellas, y dieron por libres al dicho mayorazgo, y al dicho Don Francisco, y sus consortes de todas las pretensiones deducidas por la dicha doña Maria de Mesa, excepto en quanto a los 8[illegible] ds.*

8 Con lo qual hazemos vn argumento ineuitable para que se declare obstar excepcion de cosa juzgada, por dos fundamentos precisos.

9 El primero, porque auiendo pretendido desde el primer pedimiento, doña Maria que le tocauan las quatro legitimas de sus hermanos por bienes libres, y contradicho esta pretension don Francisco, y doña Mariana de Mesa, y reduzidose la misma pretension en la apelacion, diziendo doña Maria Sande, que le auia hecho agrauio el señor don Gregorio, en no declararlas por bienes libres, y don Francisco de Mesa, replicado que se agrauiò de confirmar la sentencia, como la confirmò el Consejo, es contra las leyes del Rey-

no

no, poner en disputa; que ay cosa juzgada, vt inl. 20. tit. 4. lib. 2. Recopil.

10 El segundo, para en caso que se replique, que con la declaracion que hizo el señor don Gregorio muchos dias despues de auer pronunciado su sentencia, en que dixo (*que no auia sido su animo declarar sobre las dichas pretensiones*) y se insistiere en que no huuo determinaciõ, demas de lo q̃ està dicho in predicto articulo, la sentencia del Consejo absuelue esta dificultad en las palabras q̃ estan ponderadas: *Y en quanto a las demas pretensiones de ambas partes, se confirma na la dicha sentencia*; porque la confirmacion presupone por antecedente necessario, que huuo determinacion que confirmar, vt per Gemini. cons. 128. n. 3. & seq. & ideo dicitur iuris prius quæsiti corroboratio, Dec. in rubr. de confirm. vtil. vel in vtil. in princip. quia natura confirmationis est, approbare dispositionem præcedentem, cap. dilectos, §. cæterum, de fide instrument. idem Geminian. cons. 65. in princip. vers. Circa primum.

11 Porque si la sentencia del Consejo no tuuiera por determinadas, en la sentencia del señor don Gregorio, las pretensiones de doña Maria, vna de las quales, y la mas principal, fue la de las legitimas, no dixera: *Que confirmaua la dicha sentencia, en quanto à las demas pretensiones de entrambas partes, en que los absoluio dellas, y dieron por libres al dicho mayorazgo, y al dicho don Francisco de Eguiluz, y consortes de todas las deducidas por la dicha doña Maria*, añadiẽdo: *Excepto en quanto a los 8ꝥ. ds.* para dalle mas fuerça a la confirmacion, exceptuando de las dichas pretensiones la de los 8ꝥ. ds. nam casus exceptus firmat regulam in contrarium, l. nam quod liquide, §. finali, de pœnu legat. cum vulgar. & magis declarat quid veniat in dispositione; Surd. Cons. 250. nu. 17. & plenè Grar. discept. 922. n. 31. vol. 5.

12 Y aunque no era necessario passar deste fundamento, para que mas se manifieste la poca sustancia que tiene la pretension de doña Maria, passamos a dar satisfacion en particular a sus alegaciones, con ponderacion de algunas clausulas de la fundació, que hasta aora no estan ponderadas, y determinan las dudas que propone.

Respuesta a los fundamentos de doña Maria Sande.

13 Desde el num. 15. y 16. dize doña Maria Sãde por fundamento de su justicia, y exorna con muchas alegaciones (como si lo negaran estas partes) que el Doctor Sande, y doña Ana de Mesa tuuieron obligacion de dexar alimentos, que suceden en lugar de legitima a sus hijos, por ser obligacion precisa, y natural en los padres. Y en el num. 17. refiere las palabras de la asignacion, en quãto dixeron (auiendo nõbrado a sus hijos) *a todos los quales, y a cada vno dellos, y a los demas q̃ de oy mas fuere Dios seruido de darnos, como a tales nuestros hijos legitimos, y naturales en la hazieda q̃ al presente tenemos, y adelãte tuuieremos, los instituimos, y dexamos por herederos a cada vno en particular en cãtidad de 150ꝰ. mrs. de juro a 14ꝰ. el millar, en propiedad para que sean suyos perpetuamente, como tales hijos, y herederos nuestros.*

14 Que no pueden ser palabras mas concluyentes, y ajustadas, asi para que se entienda auer recaydo en el mayorazgo estas porciones, como para desvanecer las alegaciones de doña Maria Sande desde el num. 20. hasta el 27. en que se discurre con gran cuydado, suponiendo conclusiones, y alegaciones totalmente repugnantes, y contrarias a lo que se determina por la dicha clausula, diziendo que en sustancia, fue auerlos fundadores hecho en su vida particion, y diuision

 sion

sion de sus bienes entre sus hijos. Y en el n.27. se dize, que aunque sus hijos no la podian pedir, ni preuenir, viuiendo sus padres, es diuerso, siendo de voluntad de los mismos padres, como aqui lo fue, los quales pudieron en su vida auer hecho, como hizieron, la dicha diuision de bienes, y obligar a sus hijos a que esi tuuiessen, y passassen por ella, y se contentassen con las legitimas, ò alimentos que les asignaron, y que todo lo demas fuesse, y quedasse para el mayorazgo, para lo qual se tray en el n.22. mucho aparato de alegaciones.

15 Y la respuesta dellas serà preguntar a doña Maria Sande, donde està la particion, y diuision que dize hizieron los fundadores deste mayorazgo en su vida entre sus hijos? porque si este presupuesto se deduce de las palabras de la clausula, por ellas se verifica, que son contrarias, y se prueba, que no quisieron hazer diuision, ni particion de sus bienes en su vida, sino instituirlos por herederos para despues de su muerte en aquella cota de 150U.mrs. en cada vn año de juro de a 14U. el millar, sin asignarles este juro, ò aquel, y antes presuponen, que se la auian de asignar en los juros que adquiriessen despues de hecha la fundacion, y asignacion de legitimas, diziendo: *Que los instituian por herederos en la hazienda que al presente tenian, y adelante tuuiessen*, de que resulta por necessaria consequencia, que estuuieron tan lejos de querer hazer particion, y diuision en su vida, de los bienes que tenian para que los hijos entrassen en ellos, dando a cada vno la que le auia de tocar, que la disposicion fue instituirlos por herederos para despues de sus dias, nam hæreditas est successio in ius, quod defunctus habuit tempore mortis, l. hæreditas 63. de regul. iuris, y no constituye ningun derecho que pueda obrar adquisicion en el tiempo que viue.

16 En el num. 23. se dize, que desde entonces quedò de todo puto firme la adjudicacion, y señalamiento de legitimas, ò alimentos, y que cada vno de los quatro hijos adquirieron irrebocablemẽte la propiedad, y dominio de los 150U. mrs. de renta, de tal manera que pudieran, statim, si quisieran disponer dellos libremente, como de cosa suya, sin esperar la muerte de sus padres.

17 Esta proposicion es contraria a toda jurisprudencia, y al mismo hecho, porque la institucion que hizieron el Doctor Francisco Sande, y doña Ana de Mesa, dexando por herederos a sus hijos en la dicha cantidad, fue de ambulatoria, vsque ad mortem, y pudieron alterarla, y reuocarla ad libitum, de que se sigue la disonancia que haze lo que se dize en el dicho num. 23. que pudieran los hijos, si quisieran, luego que se hizo la dicha fundacion en que se puso la dicha clausula, disponer libremente de las dichas legitimas; porque no solo tenian titulo para poderlo hazer, sino contrario.

18 Prosiguiendo este mismo intento, se dize en el num. 24. que la libre disposicion, como de cosa suya, la podian hazer, sin esperar la muerte de sus padres, tanto por auer sido, como fue, espressa, y determinada la voluntad dellos, en que desde el dia del otorgamiento de la escritura de 13. de Abril de 602. quedasse todo lo contenido en ella perfecto, y con irrebocable adquisicion, como por que mediante las clausulas de constituto, y aceptacion, y de otras que contuuo la fundacion del mayorazgo, quedò desde entonces con irreuocable adquisicion, no solo quanto a los bienes del Doctor Francisco Sande, sino tambien en los bienes de doña Ana de Mesa, segun està juzgado, y determinado por el Consejo en revista entre las mismas partes.

Y

19 Y para la primera consideracion se alega à Tell. Fern. in l. 25. Taur. nu. 3. vers. Ad primum igitur vbi ait: *Quod vbicumque ex voluntate actum fuit vt donatio sortiretur effectum debet firmiter attendi tempus donationis non expectata morte donantis*, y a Escobar de ratiocin. comput. 1. n. 1. vers. Secunda tamen, que siguio la opinion de Tello.

20 Para responder a estas alegaciones, boluemos à preguntar a doña Maria Sande, adonde esta la expressa, y determinada voluntad, assi de los fundadores, como de los hijos que auian de aceptar la diuision de los bienes, y aprehender la possession dellos, para que quedasse irreuocable? & vbi apparet, quod ex voluntate partium actum fuit vt donatio sortiretur effectum, vt firmiter attendatur tempus donationis non expectata morte donantis? y adonde està esta donacion? porque lo que por la dicha clausula se dispuso, fue vna institucion de herederos en quota cierta, como la podian hazer los fundadores, conforme a la facultad, dexando lo que quisiessen a sus hijos, aunque fuesse menos que sus legitimas, cuyos efectos son contrarios a la donacion.

21 Y quando cessaran estas consideraciones, à donde està la aceptacion de los hijos? que se puede afirmar, que aun no llegaron a saber si auia escritura de fundacion de mayorazgo, ni aceptacion de legitimas, por ser, como eran, de muy tierna edad, y a que proposito se pondera la clausula de constituto? que solo pudo obrar irrebocabilidad en quanto a la fundacion del mayorazgo, en fauor de don Francisco Sande, primer llamado, y de los demas successores en el, que fue lo que determinò el Consejo, declarandolos todos por bienes de vinculo, y mayorazgo, no en fauor, ni en contra de los demas hijos a quien instituyeron por herederos; porque en los bienes de la heren-

rencia, que no ſe ſabe quales auian de ſer los que podian tocar a cada hijo, no pudo auer clauſula de conſtituto, q̃ ſolo puede obrar en los contractos, ò donaciones entre viuos, preſuponiendoſe, que ay bienes, ſobre que pueda caer la poſſeſsion ficta que ſe induce por ella, no en la inſtitucion de herederos, que es reuocable, y de ambulatoria, vſque ad mortem, vt ſup. cautum fecimus: y aſsi con particular aduertencia auiendo formado los fundadores toda ſu diſpoſicion en la eſcritura que otorgaron por ante Iuan de Tordeſillas en Seuilla en 16. de Febrero del año de 594. deſpues de auer puesto las clauſulas de los llamamiẽtos, è inſtituido a los hijos en 100ʒ. marauedis de renta cada vno (que deſpues ſe ampliaron por la ſegunda eſcritura a 150ʒ.) en la clauſula vltima que fue la 19. dixeron: *Y en la forma ſuſodicha hazemos, y otorgamos eſte vinculo, y mayorazgo, y deſde agora para deſpues de los dias de nueſtras vidas, y no antes nos deſapoderamos, è deſiſtimos, è apartamos de los dichos bienes, è de la propiedad dellos, reteniendo, como retenemos en nos el vſufructo dellos, è en todo, è cada coſa dello apoderamos, è entregamos al dicho nueſtro hijo, y deſpues del al ſuceſſor, y ſuceſſores que deſpues del fueren, è deſde luego le damos poder para tomar la poſſeſsion corporal, ò ciuilmente, laqual la auemos por buena, firme, è valedera, y en ſeñal de poſſeſsion le otorgamos eſta eſcritura publica de inſtitucion, y fundacion del dicho mayorazgo, è pedimos ſe dè traslado della al preſente Eſcriuano, como perſona publica ante quien ſe otorga, la acepte por el dicho nueſtro hijo, y ſuceſſores, è yo Iuan de Tordiſillas, Eſcriuano publico de Seuilla ante quien ſe otorga eſta eſcritura de pedimiento de los dichos otorgantes la acepto en nombre del dicho don Franciſco, y demas ſuceſſores, &c.*

22 Y mas admiracion cauſa, dezir en el fin del

C num.

num. 25. que lo que pretende doña Maria Sande, en razon de las dichas legitimas està juzgado por el Cõsejo en revista entre las mismas partes, estando la cosa juzgada en fauor del mayorazgo, auiendo reuocado el Consejo la sentencia del señor don Gregorio, en que auia declarado por bienes libres los de D. Ana de Mesa, y absuelto al mayorazgo de las demas pretensiones, y despues remitidose en discordia este punto.

23 En el num. 26. se propone otra conclusion bien notable, diziendo; que seria absurdo; que estando todo comprehendido en vn mismo instrumento, q̃ es el mayorazgo en q̃ fue primeramente llamado el hijo mayor, y hecha la adjudicaciõ, y asignaciõ de legitimas de los demas hijos, se dixesse, q̃ auiendo desde entonces quedado irrebocablemẽte adquirida la propiedad de los bienes para el mayorazgo; quanto al gramen de las legitimas, ò alimentos de los quatro hijos, se entendiesse no auer producido irrebocable adquisicion desde el mismo otorgamiento, porque seria diuidir en dos efectos repugnantes, y contrarios vn mismo instrumento indiuiduo, iuris notissima regula reclamante, vt in l. nam absurdum, ff. de regul. iur. cum alijs vulgaribus.

24 A que se responde. Lo primero, que este discurso es en todo ajustado a la pretension destas partes, y a la cosa juzgada, y contrario a la pretension de D. Maria Sande, porque el absurdo fuera; que auiendo instituido mayorazgo el Doctor Sande, y doña Ana de Mesa de todos sus bienes, presentes, y futuros, con clausulas tan exuberantes, en que mostraron la enixa voluntad de que se hiziessen empleos para el de todos los bienes que quedassen por su fin, y muerte, y hasta de las mercedes que su Magestad les hiziesse; auiendo quedado entre los de doña Ana de Mesa lo que auia de ser legitimas de sus hijos, se huuiessen de separar,

y

y declararlas por bienes libres, recayendo todo en la misma disposicion, y fundacion del mayorazgo.

25 Lo segundo, que no es contrario, sino conforme a derecho, que en vn mismo acto, ò instrumento, se puedan hazer dos disposiciones, que obren diuersos efectos, diuersis respectibus, vt eleganter ait Accurs. communiter receptus in l. 2. verbo manumiti, ff. de ofic. Proconsf. Tiraq. de retract. §. 18. nu. 22. Thusc. litt. E. conclus. 54. nam actus vnus continens plura capitula separata dicitur diuidi in tot actus, quot sunt capitula, l. in causæ, §. 1. ff. de minoribus, Immol. cons. 144. & idem Thusc. conclus. 131. lit. A. quinimò vnus, & idem actus potest valere, vt contractus, & vt vltima voluntas, ita vt per eum inducatur irreuocabilitas, & de ambulatoria voluntas, l. si auia vbi Salicet. n. 2. C. de iure de lib. Natta cons. 645. nu. 12. Mantic. de coniect. vlt. vol. lib. 3. tit. 18. n. 12. & ad propositum, Surd. decis. 149. num. 14.

26 De manera, que aunque la fundacion del mayorazgo fue irreuocable para que no se pudiessen separar los bienes presentes, y futuros, que quedaron al tiempo de la muerte de D. Ana de Mesa, por la clausula de constituto, por la aceptacion del Escriuano, y por la de doña Ana de Mesa, que en conformidad de la fundacion, aceptò, y goçò del vsufructo de entrãbos patrimonios, y administrò todos los bienes, y por la que hizo doña Maria Sande despues de la muerte de su madre en quanto a las legitimas de los hijos, fue acto rebocable; pero despues de muertos los padres, sin alterar esta disposicion, y sin hazerse ninguna diuision, quedò firme la fundacion del mayorazgo, tambien en quanto a estos bienes, que no es necessario considerarlos, como bienes futuros, por no auerse separado de ninguno delos dicho patrimonios, sino que quedaron entre los demas por muerte de D. Ana de Mesa.

En

27 En el num. 28. se refiere la replica que hazen don Francisco de Mesa, y don Francisco de Eguiluz a la pretension de doña Maria, en que fundaron que las legitimas recayeron en el mayorazgo, y todo fue vn mismo patrimonio.

28 Y respondiendo a este fundamento desde el n. 30. se dize. Lo primero, que aunque en la obligació general se comprehendan todos los bienes futuros, y que se hallassen en el dominio, y poder del obligante al tiẽpo de su muerte, vt in l. fin. C. quæ res pig. oblig. poss. fallit notissime in his rebus quos verosimiliter nõ esset specialiter obligaturus: vt cauetur in l. 1. C. quæ res pig. y que no es verisimil, ni creible, que el Doctor Sande, y doña Ana de Mesa, quando fundaron el mayorazgo de todos sus bienes, auidos, y por auer, huuiessen querido en esta generalidad comprehender para el vinculo las dichas legitimas, ni pudo caer en su imaginacion, que sus hijos auian de morir antes q̃ ellos, turbato mortalitatis ordine.

29 Y en el n. 34. se prosigue el discurso, diziẽdo, quod neque ex vi extensiua, neque comprehensiua, se podia entender la fundacion del mayorazgo en estas legitimas, como cosa inopinada de los fundadores, y tan cõtra el derecho comun de todos los padres, y en particular de los presentes, q̃ con tãto afecto miraron por sus hijos en la fundacion del mayorazgo, ex l. cũ Aquiliana, ff. de transact. cum alijs iuribus.

30 A que se responde. Lo primero, que este discurso, y consideracion, no es conforme, sino derechamente contrario a la mente, y voluntad de los fundadores; porque por palabras claras, y expressas de la primera escritura, dispusieron, q̃ los alimentos q̃ dexauan a los demas hijos, hermanos de D. Frãcisco Sãde, que auia de ser el primer sucessor, como fuessen vacando, muriendo sin hijos, se acreciessen al mayorazgo, y

se-

se consolidassen con el, y que esta renta no se sacasse de la propiedad de los bienes, sino del vsufructo de todos ellos, de que auia de goçar el primer sucessor, y assi dixeron en la condicion 17. mem. num. 28. *Item queremos, y es nuestra voluntad, que respecto de que el dicho don Francisco de Sande nuestro hijo legitimo, en quien hazemos el dicho mayorazgo, è sus descendientes por la orden que està dicha, han de venir ha auer, y gozar por via del dicho vinculo, y mayorazgo todos los bienes, juros, y rentas contenidos, y declarados en esta escritura, è de los demas bienes que dexaremos, le dexamos el dicho mayorazgo, è bienes, con cargo de que sea obligado a dar a cada vno de los demas hijos, è hijas que dexaremos 100ʊ. mrs. de renta en cada vn año para sus alimẽtos, è otros gastos, por los tercios del año, esto durãte los dias de las vidas de los dichos nuestros hijos, è hijas, è despues de sus dias cesse la dicha renta, è buelua al dicho mayorazgo, &c.*

41 Porque aunque el Doctor Sande, y D. Ana de Mesa, no pudierõ poner grauen de restitucion a los demas hijos, en los alimentos q̃ les dexauan en lugar de legitimas, nõ dexãdolos mejorados, como lo hizierõ, en lo q̃ dispusieron en la segũda escritura mem. n. 46. (de quo inferius) deste mismo acto, aunque fuesse con resistencia del derecho, se reconoce la voluntad para interpretarla en las demas condiciones validas, y subsistentes, vt probat text. in l. fin. ff. de reb. cor. vbi summat Nicol. de Napol. *Testamentum irritum probat voluntatem testatoris*, ex testamento enim reuocato interpretatur testatoris voluntas, vt post Corn. cons. 275. n. 5. lib. 4. prosequitur Menoch. cons. 408. n. 47. lib. 5. vt ait Bart. in l. gerit n. 18. & Bald. in l. si auia de iure de liber. *scriptura licet non sortiatur effectũ probat disponentis volũtatem*, l. vxori, § vlt. de leg. 3. Crauet. cõs. 113. Dec. cõs. 315. Menoch. cõs. 233. lib. 3. n. 13.

32 Lo segundo, que en el caso presente no estamos en congetura, de interpretacion de voluntad; porque en la primera escritura hizieron los testadores la disposicion que està referida para que los alimentos se fuessen acreciendo al mayorrazgo, y para la assignacion dellos no se desfalcasse, ni disminuyesse la propiedad, sino que todo saliesse del vsufructo, y en la segunda escritura, referida en los presupuestos de nuestra informacion primera, que otorgaron principalmente, para que tuuiesse con ella mas firmeza, y ampliacion la fundacion, dixeron: *Que le hazian, y fundauan de todos, y qualesquier bienes muebles, y rayzes, salarios, rentas, y frutos, derechos, y acciones, auidos, y por auer en qualquier tiẽpo, y en qualquier manera, &c.*

33 Lo tercero, que cõ estos fundamentos, que son nacidos de la misma disposicion, se desvanece lo q̃ se dize en el n. 36. que siendo la persona que pretende las quatro legitimas por libres, doña Maria Sande que vnicamente ha quedado, y sobreviuido a sus hermanos, influye en ella mas viuamente la verisimilitud de no auer querido sus padres sincluirlas en el mayorazgo, nam non creditur voluisse alienas successiones proprijs anteponere contra iura notissima, ex coniectura considerata a Papiniano in l. cum auus, ff. de condit. & demonstr.

34 Porque esta consideracion venia mas a proposito en el pleito principal en que pretendio doña Maria Sande, que los bienes se declarassen por libres, litigando con don Francisco, y con doña Mariana de Mesa, que no eran descendientes de los fundadores, y sin embargo el Consejo, desestimando, y teniendola por friuola, y de poca sustancia, declarò por bienes de vinculo, y mayorazgo, no solo los del Doctor Francisco Sande, sino tambien los de D. Ana de Mesa para que sucediessen en ellos despues de los dias de do-

ña

ña Maria, los que conforme à los llamamientos deuiessen suceder, aunque su madre (viendose sin mas hijos que doña Maria Sande, y que ya estaua en edad de no poderlos tener) reuocò la fundacion en quanto a sus bienes, dexandola por su vniuersal heredera, para que pudiesse disponer dellos libremente.

35 Porque la memoria de los fundadores para que sea perpetua, y no se acabe con la primera, ò segunda sucession, es el descendiente mas legitimo para que no se atienda a si el que ha de suceder es transversal, ò descendiente, sino a que se continue la memoria, con la duracion, y perpetuidad del mayorazgo con que son amparados todos los de la familia que se acabara, si doña Maria Sande pudiera disponer, como libres de los bienes del dicho mayorazgo dexandolos a obras pias, ò diuirtiendolos en otras mandas (como es su intento) vt est communis Molin. Mieres, & aliorum interpretum consideratio.

36 Y fuera efecto contrario, que auiendose declarado por bienes vinculados los de doña Ana de Mesa (contra su misma disposicion, y reuocacion) por auer sido la fundacion irreuocable desde su principio, se huuiesse de hazer separacion de las dichas legitimas, declarandolas por libres, auiendo quedado entre los demas bienes de doña Ana de Mesa, sin distincion ninguna contra el tenor, y forma de la executoria.

37 Con que se responde a lo que se dize en el numero 37. que si los padres de doña Maria Sande tuuieran presente el caso, que ha sucedido, de no tener ella hijos, y descendientes, y auer de passar el mayorazgo a transversales, no es dudable que declararan en fauor de sus hijos, para que heredasse las legitimas de sus quatro hermanos, ex glos. vulgari in l. tale pactum, §. fin. ad fin. ff. de pact.

Por-

38 Porque lo que no es dudable en nuestro concepto, es lo contrario. Lo primero, por lo que dispusieron en la primera, y en la segunda escritura. Lo Segundo, porque quãdo en la disposicion se pudo preuenir el caso que pudo suceder, y no se preuino, no ha lugar la conjetura del §. fin. y se ha de estar solo a las palabras de lo q̃ està dispuesto, vt subtiliter tenet Crot. in rubr. de adquir. poss. in fin. Hieron. Gabr. cons. 95. n. 14. Grato cons. 19. n. 22. vol. 2. Ant. Gabr. lib. 6. cõmun. tit. de reg. iur. cõcluss. 10. n. 8. Crauet. cõs. 1250. n. 2. Becio cons. 62. n. 25. & cons. 74. n. 27.

39 Lo tercero, porque siendo lo que los fundadores dispusieron, en razon de las legitimas de sus hijos q̃ boluiessen al mayorazgo, se ha de tener por dispuesto, como si lo huuieran expressado, que no se sacassen de la propiedad de los bienes, auiẽdo muerto, y sobreuidolos su madre, Franch. decis. 92. n. 2. donde hablando de la conjetura de la glossa in dict. §. fin. distinguit: quod aut nihil fuit dictum, & habetur pro omisso, aut sequitur ad aliquid expressum, & tunc cẽsetur cautum, Bald. in l. 1. col. fin. C. si ante appertas tabul. & plenè per Tiraquel. in l. 1. vnquam in principio num. 55. C. de reuocand. donat.

40 Y como en contrario se alega en el n. 38. cõforme a la l. sed si plures, §. filio impuberi, ff. de vulg. auiẽdo heredado D. Ana de Mesa a sus hijos en la parte q̃ les pudo tocar de los bienes del Doctor Sande, *iuncta hæreditas esse cepit*, quia postquã hæreditas est addita, iam non dicitur hæreditas defuncti, sed adeuntis patrimonium, vt in princip. inst. de hæred. qualit. & differ. & mirabiliter, Ias. cons. 3. lib. 1. n. 4. y como bienes suyos recayeron todos en el vinculo, y estan comprehendidos en la sentencia, y executoria del Consejo.

Sin

41 Sin que obstẽ las limitaciones, que en los numeros 40. y 41. se dize, que tiene el §. filio; porque ni son del caso, ni se ajustan en nada à la pretension de D. Maria de la separacion q̃ pide se haga de las legitimas de los bienes del mayorazgo, auiendo quedado, como quedaron inclusas en el inseparablemente, como los demas bienes luego que doña Ana de Mesa murio.

42 De que se infiere, que la decision de la *l. 6. tit.* 13. *par. 6.* que se alega en el num. 40. (que determinò, que heredando dos hermanos, vno de parte de padre, y otro de parte de madre, al hermano difunto, q̃ aceptò, y adquiriò en su vida las legitimas, y herencias de sus padres se separẽ los bienes, para que el hermano de padre lleue solo la herencia que prouino del; y el hermano de madre, la que prouino della) es en todo agena de la materia, porque su decision mira à la sucessiõ legitima, que les dà la ley à los hermanos, que no son de vn padre, y vna madre en la herencia del hermano, que fue heredero de ambos; y assimismo à los hijos de los hermanos difuntos, sin q̃ tẽga semejança, ni aplicacion (como se dize en el num. 42.) con la sucession de D. Ana de Mesa en las legitimas de sus hijos, para que se declaren por bienes libres en fauor de Doña Maria Sande.

43 Y para que no quede escrupulo en la justicia, que defienden estas partes, ponderamos el discurso cõ el que ha tenido esta sucession; con que no era necessario proponer otro fundamento, aduirtiendo que se han de considerar dos tiempos: el vno, en q̃ por muerte del Doctor Francisco Sande quedaron los quatro hijos, que despues murieron, y D. Frãcisco Sande, que auia de ser el primer sucessor; y D. Maria Sande, que litiga: à todos los quales se les auian de ir dando sus legitimas, sacandolas (como està aduertido) del vsufructo de los bienes del mayorazgo, por la clausula refe-

 ri-

rida, sup. num. El segundo quando despues de la muerte del Doctor Sande, que fue el año de 602. D. Ana de Mesa quedò por tutora, y curadora de sus hijos, y goçò como vsufructuaria de todos los dichos bienes, con la obligacion que dispusieron en la clausula, mem. num. 36. diziendo: *Que si alguno dellos muriesse, quedando el otro viuo, era su voluntad, que el que quedare viuo, tenga, y administre todos los dias de su vida toda la hazienda del dicho mayorazgo, con que de los frutos, è rentas del sea obligado a alimentar en su casa à todos sus hijos: los quales ayan de estar a su orden, y disposicion; que casando al mayorazgo, teniendo edad de veinte años, le dè de los frutos, y rentas del dicho mayorazgo dos mil ducados en cada vn año para su sustento; y con que de los dichos frutos, y rentas gaste para si, è los demas sus hijos moderadamente, y lo que sobrare, entre en el dicho vinculo, y mayorazgo, y se emplee, y ponga en renta.*

44 Y hablando del dote de las hijas, prosiguiẽdo la disposicion, dizen: *Y con que, llegãdo las hijas a edad de veinte años, las case, è dote de los dichos frutos, è rentas, y el dote salga, è se dè de lo que se huuiere ahorrado, y multiplicado, no vendiendo, ni tocando a los bienes principales del mayorazgo que huuiere, y quedare al tiempo que qualquiera de los dichos señores faltare, sino de lo que de alli adelante se acrecentare.*

45 Muriò el Doctor Francisco Sande en 11. de Setiembre de 602. mem. num. 80. quedando D. Ana de Mesa por tutora, y curadora de sus hijos, y administradora de los bienes, con obligacion de ir sacãdo del vsufructo dellos, con que imponerles renta para la paga de sus legitimas, y emplear lo que montasse la sexta parte de lo que importassen los dichos frutos, para q̃ lo vno, y otro quedasse vinculado, aceptando el grauamen del vinculo, como lo dispusieron en la clausula,

 mem.

mem. num. 46. diziendo: *Que se haga computacion de todo lo que montare, y dello se hagan seis partes, y cada vna se de a los dichos nuestros hijos de suso nōbrados, de manera que igualmēte venga cada vno a goçar la dicha sexta parte; y esto con condicion, y grauamen, que los suso dichos consientan, y permitan, y no de otra manera, que los 150.ÿ. mrs. que les dexamos por su legitima, y alimētos se junte con lo que montare la sexta parte, que a cada vno perteneciere de lo corrido del mayorazgo, y todo ello se vincule, y haga mayorazgo perpetuo en cabeça de cada vno de los dichos nuestros hijos: el qual dicho mayorazgo, y vinculos instituimos desde luego cō las mismas calidades, y condiciones que el que dexamos al dicho Dō Francisco. Y declaramos, que si despues de impuestos los dichos mayorazgos, y començadolos a goçar los dichos nuestros hijos, faltare sucession legitima, como fueren vacando, se vayan consumiendo, y venga a suceder en todos ellos el dicho D. Francisco, y sus sucessores.*

46 Doña Ana de Mesa no cumplio cō el tenor, y forma destas clausulas, sacādo de los frutos, con q̄ imponer la renta, de que auia de gozar cada vno de sus hijos, y todos fueron muriendo en su vida, sin hazerse ninguna separacion de las legitimas, que les podian tocar, y pertenecer del Doctor Francisco de Sande, ni de la dicha sexta parte, porque siempre estuuieron debaxo de su tutela, y alimentandose de los bienes, y rentas del dicho mayorazgo, hasta que murieron.

47 De que se sigue, que nunca huuo legitimas, à que pueda tener accion D. Maria Sande; y quiē la tiene clara, y corriente, son los inmediatos sucessores en el mayorazgo, para conuenirla como heredera de su madre, à que de los frutos, y rentas, que va goçando, y de los que ha goçado, y de qualesquiera bienes, que se hallaren suyos, se agreguen a el los 150ÿ. marauedis de renta, que se auian de imponer para cada hijo, y lo

que

que pudo importar la sexta parte de los dichos frutos, que cada vno huuo de auer, hasta que murieron, conforme a la dicha disposicion; porque aunque dexandoles solo los alimentos en lugar de legitima, no les pudieran imponer grauamen de restitucion en el aumento de la sexta parte, q̃ dexaron a cada vno de lo q̃ fuessen rentãdo todos los bienes, que en los diez años, en que se auia de ir sacando, podian importar mas de 20U. ducados, no ay duda q̃ se les pudo imponer qualquier grauamen, sin el qual, no aceptandole, no lo pudieran auer, ex l. 27. Tauri.

48 En el num. 43. se dize por vltimo fundamẽto, y mas peremptorio, que auiendo el Doctor Francisco Sande, y su muger vinculado todos sus bienes, auidos, y por auer, despues por vna de las escrituras, que fue la segunda, y vltima, sacaron, y deduxeron del vinculo, y mayorazgo por voluntad expressa, y consentimiento vniforme de ambos por bienes libres absolutamente todo lo tocante a las legitimas, y alimentos en propiedad de los cinco hijos que tenian; y que aunq̃ los sobreuiuio la madre, y recayeron en su dominio, mediante el titulo de heredera, no se pudieron agregar al vinculo, despues de auerlos adquirido por el texto singular, que se alega en el nu. 45. de la l. fin. C. de remiss. pignor. cuyas palabras se refieren con gran ponderacion, y se prosigue su interpretaciõ en los numeros siguientes, poniendo en ella toda la fuerça de la justicia de D. Maria Sande.

49 Y aunque està respondido en la informacion principal desde el num. 36. a esta alegacion añadimos a la respuesta que alli se dio.

50 Lo primero, que para ajustar el caso de la l. fin. y las demas alegaciones de Bart. Couar, Merlino Fab. Surd. y Hodiern. se finge, y supone vn hecho contrario (como los demas presupuestos) a la fundaciõ, y a lo

que

que sucedio despues della assentando por llano, que por la vltima escritura sacaron, y deduxeron los fundadores del vinculo, y mayorazgo, por voluntad expressa, y consentimiento vniforme por bienes libres, todo lo tocante a las legitimas, y alimētos en propriedad de los cinco hijos, que tenian estando tan lexos de sacar del mayorazgo los bienes que se les auian de aplicar, que dispusieron que no se tocasse en ellos, sino que se fuessen sacando del vsufructo, no en vna sola, sino en diuersas clausulas para manifestar mas su voluntad con que se desvanece todo el estudio, que tan inutilmente se ha puesto en la interpretacion de la ley final.

51 Lo segundo quando cessaran las dichas clausulas, y disposicion, y fuera cierto lo que se finge, y supone, que se huuieran sacado de los bienes del mayorazgo las dichas legitimas, tampoco era aplicable el caso desta ley, sino contrario para que dexassen de bolver a recaer en el mayorazgo muertos los hijos, sino contrario por las clausulas de la misma fundacion, en que con tanto cuidado, y afecto dispusieron que entrassen en el mayorazgo, y fuessen bienes vinculados todos los presentes, y futuros, que quedassen por fin, y muerte de cada vno, y huuiessen adquirido por qualquier genero de adquisicion, y como està dicho, por la executoria del Consejo se calificò, aunque doña Ana de Mesa reuocò su disposicio se declararon, que todos los bienes que dexò eran de mayorazgo, que viene assi lo mismo (si el caso de la ley final tiene alguna similitud con el presente) que dize Acursio ibi glos. fin. seguido por todos, que quando la cosa enagenada de consentimiento del acreedor, buelue al deudor ex eadem causa: *Veluti ex pacto de retrouendendo ex pacto legis commissoria ad iectionis in diem, vel quia res fuit red-*

redhibita, tunc creditoris obligatio, quæ prius erat extincta reuiuiscit, & res distracta reincidit in eandem hypotecam, prout erat ante venditionem, vt in casu leg. voluntate, ff. de distract. pignor. vt sunt verba Ioan. Bapt. Hodiern. ad decision. Surd. 163. en contrario alegado.

52 Lo tercero, q̃ la decis. de la ley fin. para q̃ quede la cosa libre de la hipoteca, se funda, en q̃ el acreedor, que la tenia en su fauor dio consentimiento, para que se enagenasse, porque enagenada en virtud dèl, *indignum esset* (ait Imperator) *eum qui semel consensit alienationi hipotecæ, & hoc modo ius suum respuit eandem remut pote abinitio ei suppositam vindicare, vel tenentem inquietare*, que es tambien al contrario de lo que passò en la asignacion de las legitimas, porque si en contrario se equipara el consentimiento de los fundadores con el del acreedor, que consintio en la enagenacion de la hipoteca, si el consentimiento le huuiera dado cõ pacto, y condicion, de que boluiendo por qualquiera causa al acreedor se auia de boluer a continuar, no ay duda que no le perjudicara el consentimiẽto, sino q̃ le diera mas fuerça, auiendose hecho cõ aquella calidad, sic similiter, auiendo hecho la asignacion de las dichas legitimas los fundadores con calidad, de que boluiessen al mayorazgo, y que quedassen vinculados los bienes presentes, y futuros, que se hallassen al tiempo de su muerte, tãpoco puede auer duda, ò q̃ boluierõ al mayorazgo, ò que no salieron dèl, como no salieron.

53 Lo quarto, porque auiẽdo muerto todos quatro hijos en vida de doña Ana de Mesa, sin auer tenido, ni podido tener efecto la asignacion de las legitimas, dispositio reductafuit ad non causam quia intelligitur facta sub conditione firmo scilicet manente eodem rerum statu, & eo mutato non subsistit, l. si actionem.

C.de pact.Bald.in l.pactum.quod dotali, quæst.4. C. de collat.vbi Castrens.& Dec. Cardin. cons. 37. col. pen.vbi ait: *Quod renunciatio non trahitur ad ea, quæ denuo superuenerunt*, Paris.cons.7.num.70.vol. 2. & cum multis Surd.decis.163.vbi propterea subdit, hablando dèl, ley final nu.13. *Cum igitur ius istud superuenerit ex nouo iuditio, & per illud destruatur, & ad nihilum reducatur causa renuntiationis, ipsa quoque renuntiatio haberi debet pro non facta, quia vbi causa reducitur ad non causam; tunc omnia restituuntur ad pristinum statum secundum, glos. in l. fideiussor, §. in omnibus, ff. mandat.*

54 Lo quinto, porque quando se considere el dicho consentimiento, y asignacion de legitimas, para que se sacasse de la propiedad de los bienes del mayorazgo, tampoco tuuiera accion doña Maria a pretender por bienes libres las legitimas de sus hermanos, porque el consentimiento, y asignacion se hizo en fauor de los hijos que murieron, y no se pudo estender, aunque estuuiessemos en el caso de la ley final, ni a doña Ana de Mesa, ni a doña Maria Sande, vt in puncto ait Surd. vbi supr. num. 19. subdens: *Non obstat igitur dispositio, leg. fin. C. de remis. pignor. quia secundum prædicta colligitur multiplex solutio, & primo quod ille consensus fuit limitatus ad fauorem Forapani ideo non debet extendi ad alias personas.*

55 En el num. 59. se dize, quod fortiter stringit, lo que por sentencia probabilissima està resuelto, que quando res quæ erat ex comprehensis in fideicommisso fuit alienata libere perfecte, & absolute, & postea hæres grauatus eandem rem adquisiuit ex alio contractu diuerso, tunc non esse fideicommissario restituendam secundum, Peregrin. cons. 38. num. 10. & de fideicom. art. 42. num. 22. vbi reffert ita fuisse iudicatum in facti contingentia.

56 A que se responde. Lo primero con la misma conclusion, y alegacion, *que era necessario, para que la cosa no buelua al mayorazgo, ò fideicomisso, quod sit alienata libere, perfecte, & absolute*, y en la asignacino de las dichas legitimas no huuo enagenacion, ni perfecta, ni libre, ni de ninguna manera.

57 Lo segundo, que aun en el mismo caso, quando fuera enagenada perfectamente es mas cierto, y juridico lo contrario, que auian de boluer al mayorazgo, vt tenet idem Peregrin. ibi dict. num. 22. hablando de la cosa, que se enagena del fideicomisso, ibi: *Sed sic grauatus si alienat, & res alienatas, deinde re adquirit tenetur easdem per fideicommissum restituere, vt notat Bart. in l. Titius, col. 1. ff. ad Trebalian.*

58 Lo tercero, que es caso muy diferente de este en el que hablaron Fussario, Ias. y Ripa en los lugares alegados por la parte contraria, nempe quando el posseedor del mayorazgo, en virtud de facultad Real, ò por otro titulo legitimo enagena algunos bienes vinculados para dotar a alguna hija, ò descendiente de los fundadores, a quien el mayorazgo tuuiesse obligacion de dotar, tunc enim, si el posseedor que enagenò comprasse la cosa enagenada con su mismo dinero, ò la boluiesse à adquirir por otro titulo, y derecho suyo entra la question que se mueue en contrario, si se bolucrà a adquirir al mayorazgo, en que Peregrino, y los demas Autores, que alega, fueron de opinion que se boluian a adquirir al fideicomisso, feudo, ò mayorazgo, los bienes que se auian enagenado.

59 Pero quando fuera cierta la primera oponiõ, es al contrario en el caso, se ha de determinar, en que precedio disposicion, para que boluiessen las legitimas al mayorazgo, y murieron los hijos sin auer tenido efecto la enagenacion, ò asignacion, que se hizo en su fauor por la obligacion de los padres, como vt in termi-

minis decidit Peregrin.dict.art.42. donde propuso la question num.19.an res subiectæ fideicommisso alienatæ per patrem grauatum prodotibus filiarum decedant de fideicommisso ad perpetuam substitutorum exclusionem,& quæstionem decidendo,ait ad propositum num.20. *Primus itaque casus est cum pater grauatus dotauit filiam de bonis fideicommissariis, & soluto matrimonio dos est reuersa ad patrem ex pacto, aut ex successione nullaque extant reliquiæ matrimonij,quia filia est patri præmortua sine liberis, & hoc casu dotem per patrem recuperatam in pristinam fideicommissi causam restitutam censuit, Bart.in auth.res quæ,num.8.C.commun.de legat.post.Iacob.de Beluiso moderando dummoda filia nō viuat,quia alias cogeretur ei reseruare,auth. sed quanuis,C.de rei vxor.act. Secundo quod grauatus restituere,quod superer it tempore mortis suæ alienans,& recuperans illud restituit,l.Imperator,§ fin.ff. de legat. 2.l.Titius.ff.ad Trebel. & vtrobique notatur, & præsertim,Bart.in d.l.Titius,col.1.nec obstare, quod res semel effecta sit alienabilis,ac ideo duret perpetuo alienabilis,l.pater filium 15.ff.de leg.3.nam text. ille locum habet in porhibitione,& fideicommisso personali,non autem in reali probibitione,ac reali fideicommisso,sic Bart. in §. quin decim,& precisse Curt.Iun.d.loco Ias.in §.Diui in 2.lect.nu.69.Ripa num.66.*

60 Y arguyendose assimismo Peregrino in vers. hæc tamen decisio non est absque difficultate, quia ex noua causa hæres grauatus rem habere incipit,& ideo in præcedenti fideicommisso non continebitur, vt in l.si a me,ff.ad leg.falcid.vt arguit Rip.in d.§.Diui, nu. 67.prosequitur dicens: *Solutio, Prima causa processit ex facto hæredis in subsidium, ex leg. priuilegio ideo cessante causa optimum est reuerti in suam pristinam naturam,vt voluntati testatoris,& fideicommissario cōsulatur argumento text.in l.cura,§.defficientium, ff. de*

munerib.& honorib.l.his honoribus,ff.de vacat. muner. que son palabras que parece que se hizieron para la defensa de la justicia de los sucessores en este mayorazgo.

61 Con estos fundamentos no era necessario tratar de la pretension que tiene doña Maria Sande, que no solamente se han de sacar del mayorazgo los juros que importaren las quatro legitimas de sus quatro hermanos, contados a razon de a catorze, que fue el precio, que le dio la fundacion, sino de a razon de a veinte, conforme al tiempo presente, que es pretension aun mas desesperada, que la principal, por lo mismo que tiene alegado, y ha sucedido en su persona misma.

62 Porque si como dize en el num.23. desde que se hizo la fundacion del mayorazgo, quedò de todo punto firme la adjudicacion, y señalamiento de legitimas, ò alimentos, y cada vno de los quatro hijos adquirieron irreuocablemente la propiedad, y dominio de los 150U. marauedis de renta a razon de a catorze para poder disponer dellos libremente? como se dize aora, que la restitucion, ò satisfacion, ha de ser computados a razon de a veinte, sacandolos del mayorazgo, cum lipis atque tonsoribus sit notum, que la mudança, ò detorioracion, que sobreviene a los bienes adquiridos, corre por quenta del dueño, y propietario dellos, ex text. vulgari in l. quod te mihi, ff. si certum petatur, y si los hermanos de doña Maria Sandi, adquirieron la propiedad de las dichas legitimas, como quiere aora que se le den juros a razon de a veinte, hasta en cantidad de ciento y cinquenta mil marauedis por cada legitima, auiendose baxado la tercera parte por la prematica del año de veinte y vno, quedando subidos, y reduzidos a razon de a veinte? como se verifica en la misma persona de doña Maria Sandi, que

la

la legitimã,que ſe le ha adjudicado, es fuerça que ſea de los ciento y cinquenta mil marauedis de renta en juros de a catorze, como ſe diſpuſo en la fundacion, para que deſde el año de veinte y vno, los gozò a razon de a veinte, y deſta legitima, y reditos della, y de los demas bienes que ſe hallaren ſuyos, ſe deue enterar el mayorazgo de todo lo que dexò de cumplir doña Ana de Meſa, y deue cumplir doña Maria Sandi, como ſu hija, y heredera.

Ex quibus omnibus ad fauorum harum partium pronuntiandum eſſe no dubitamus.

Lic. D. Diego Martinez de Alamos

la legitima, que se le ha adjudicado, es fuerça que sea de los ciento y cinquenta mil maravedis de renta en juros de a catorze, como lo dispuso en la fundacion, para que desde el año de veinte y uno, los gozá a razon de a veinte, y desta legitima, y reditos della, y de los demas bienes que se hallaren suyos, se deue sacar el mayorazgo de todo lo que dexó de cumplir doña Ana de Mella, y deue cumplir doña Maria Sandi, como [illegible] y heredera.

Ex quibus omnibus ad fauorum harum partium pronunciandum esse no dubitamus.

Lic. D. Diego Martinez de Alamos